

Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido	Título
López Contreras, Rony Eulalio - Autor/a;	Autor(es)
Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud (Vol. 13 no. 1 ene-jun 2015)	En:
Manizales	Lugar
Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud alianza de la Universidad de Manizales y el CINDE	Editorial/Editor
2015	Fecha
	Colección
Jurisprudencia; Derechos del niño; Niñez; América Latina;	Temas
Artículo	Tipo de documento
"http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/alianza-cinde-umz/20150511064119/RonyEulalioLopez.pdf"	URL
Reconocimiento-No Comercial-Sin Derivadas CC BY-NC-ND http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/deed.es	Licencia

Segui buscando en la Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO
<http://biblioteca.clacso.edu.ar>

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO)
Conselho Latino-americano de Ciências Sociais (CLACSO)
Latin American Council of Social Sciences (CLACSO)
www.clacso.edu.ar



Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
Conselho Latino-americano de Ciências Sociais
Latin American Council of Social Sciences



Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido*

RONY EULALIO LÓPEZ-CONTRERAS**

Profesor Universidad de San Carlos, Guatemala.

Artículo recibido en octubre 6 de 2012; artículo aceptado en febrero 21 de 2013 (Eds.)

• **Resumen (analítico):** El presente artículo es de tipo analítico y es fruto de una revisión constante de la literatura y la jurisprudencia relacionadas con el principio de interés superior de los niños y niñas. El interés superior de los niños y niñas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ha sido objeto de múltiples definiciones, pero con muy poco contenido. Con el presente trabajo destaco tres elementos ineludibles del interés superior de los niños y niñas que se deben hacer valer en cada caso concreto, siendo estos: la manifestación del sujeto menor, su entorno, y la predictibilidad. Con estos tres elementos, al analizarlos y encuadrarlos en cada caso concreto, se podría ofrecer una mejor decisión y una mejor explicación al Interés superior de los niños y niñas.

Palabras clave: interés superior de los niños y niñas, derechos de los niños y niñas (Tesauro de Ciencias Sociales de la Unesco).

The best interests of the child: Definition and content

• **Abstract (analytical):** This article is analytic and is the result of a consistent review of the literature and case law concerning the principle of the best interests of the child. The best interests of the child, both in doctrine and case law, has been redefined over time, but with very little content included these definitions. This article highlights three essential elements of the principle of the best interests of the child that should be applied in each case: the child's wishes, their environment and the predictability of their circumstances. Identifying and analyzing these three elements in each concrete case can lead to better decisions being made as well as a better explanation of the best interests of the child principle.

Key words: best interests of the child, rights of the child (Social Science Unesco Thesaurus).

Interesse superior de meninos e meninas: Definição e conteúdo

• **Resumo (analítico):** Este artigo é analítico e é resultado de uma ampla revisão da literatura e jurisprudência sobre o princípio do interesse superior da criança. Os interesses da criança, tanto na doutrina e na jurisprudência, passou por várias definições, mas com muito pouco conteúdo. Neste artigo destacam-se três elementos irrefutáveis de interesse superior da criança que devem se fazer valer em cada caso concreto, sendo estes: a manifestação do sujeito menor, seu ambiente e previsibilidade. Com estes três elementos, ao analisá-los e enquadrá-los em um caso particular, que poderia proporcionar uma melhor decisão e uma melhor explicação para os melhores interesses da criança.

* El presente artículo es fruto de una **revisión de tema** crítica y analítica sobre la literatura y la jurisprudencia relacionada con el principio de interés superior de los niños y niñas.

** Profesor de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Doctor en Derecho por la Universidad Cantabria, España. Magistrado de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de Guatemala. Correo electrónico: ronylopez77@gmail.com



Palavras-chave: interesse superior da criança; direitos da criança (Tesauro de Ciências Sociais da Unesco).

-Introducción. -1. Base histórica del principio de interés superior de los niños y niñas. -2. Conceptualización del principio interés superior de los niños y niñas. -3. Fundamentación del principio de interés superior de los niños y niñas. -4. Elementos fundamentales para alcanzar el contenido del interés superior de los niños y niñas. -5. Técnicas para determinar el interés superior de los niños y niñas. -6. Visión infantocéntrica vs. Visión estado o paternocéntrica. -Lista de referencias.

“Principio fundamental: obligación que tiene el Juez de la Niñez a no equivocarse”

Introducción

En los procesos de protección de la niñez y de la adolescencia, el principio de interés superior de los niños y niñas (ISN) es el eje diamantino con el que se fundamentan todas y cada una de las decisiones judiciales, empero sin siquiera -en algunas ocasiones- poder definirlo y, en otras muchas, sin conocer a profundidad el significado y los alcances que debe ostentar dicho principio. Tales carencias no solo son fruto de la jurisprudencia, sino también de la propia doctrina especializada, tal y como lo han expuesto varios autores y autoras, entre quienes se destacan Aguilar (2008), Freedman (s. a.), y la jurisprudencia española e interamericana, quienes han indicado que el ISN es una idea o directriz vaga e indeterminada que está sujeta a varias interpretaciones de carácter jurídico y psicosocial¹. En igual sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos de los niños y niñas, en cuanto a que el interés superior de ellos y ellas es uno de los principios generales de la Convención y lo cataloga como el principio “rector-guía” de ella, sin especificar su esencia,

contenido y directrices más delimitadas que ayuden a determinar la significación y el trato que se le debe dar al referido principio (Aguilar, 2008, p. 229)². De igual manera, Cillero expone que:

(...) diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparado en el “interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra (Cillero, s. a.)³.

En ese mismo sentido, De Torres establece que el Interés de los niños y niñas se ha introducido como una cláusula general, con lo que le falta precisión porque se refiere a

¹ “El problema es esclarecer lo que debemos entender por *interés superior del niño* dado que la misma Convención no lo señala”. El Tribunal Supremo de Justicia español expuso que el Interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado (Sentencia número 565/2009, de fecha 31 de julio de 2009). Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (Opinión Consultiva número OC-17/2002, de fecha 28 de agosto de 2002).

² Citado por Cillero: *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, Módulo de Derechos de la Niñez y estándares internacionales sobre Derechos Humanos, Escuela de Estudios Judiciales, Oficina Alto Comisionado para los Derechos Humanos y Unicef, Guatemala, s/p., señala que el interés superior del niño, es un concepto que no está exento de críticas. Se le ha criticado por su alto grado de abstracción y vaguedad en su definición. En ese mismo sentido, Freedman, (s/a), en Módulo de Derechos de la Niñez y estándares internacionales sobre Derechos Humanos, Escuela de Estudios Judiciales, Oficina Alto Comisionado para los Derechos Humanos y Unicef, Guatemala, expone que el principio de interés superior del niño es el “Caballo de Troya” de la Convención, al permitir cierto grado de discrecionalidad a las autoridades que lo aplican.

³ Cillero, M. (s. a.) *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Ciudad de Guatemala: Escuela de Estudios Judiciales, Oficina Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Unicef.

supuestos muy generales o abstractos⁴. De Lama, por su parte, señala que el interés superior de los niños y niñas es un concepto que no está exento de críticas. Se le ha criticado por su alto grado de abstracción y vaguedad en su definición⁵. En sentido similar se han manifestado Hodgkin y Newell, al indicar que el concepto de interés superior de los niños y niñas ha sido objeto de más estudios académicos que cualquier otro concepto de la Convención, por lo que textualmente indican:

El Grupo de Trabajo que redactó el texto de la Convención no ahondó en la definición del “interés superior de los niños y niñas”, y el Comité de los Derechos de los niños y niñas todavía no ha propuesto criterios que permitan juzgar en qué consiste, en general o en casos particulares, este interés; se ha limitado a repetir que los valores y los principios generales de la Convención deben aplicarse en cualquier circunstancia (Hodgkin & Newell, 1998).

Por lo anterior, se puede decir con suma facilidad que el interés superior de los niños y niñas se convierte en una frase trillada que se utiliza para resolver procesos de niñez; empero, no precisamente para resolverlos del modo que más convenga a los niños o niñas, sino que se resuelven con fundamento en criterios personalísimos, vagos e indeterminados, o con fundamentación en prácticas rutinarias, sin tomar en cuenta criterios científicos y académicos que expliquen los elementos del ISN. Consecuentemente, el Interés Superior de los niños y niñas es un principio inconmensurable que se esgrime para resolverle la situación al niño o niña, y no simplemente un principio que se deba describir por figurar y resolver lo que se considere pertinente con base en discrecionalidades sin sustento, y con fundamento en experiencias empíricas, propias o ajenas. Por lo anterior, se ha evidenciado la carencia de contenido del principio en

mención; de igual manera, se ha observado su poco tratamiento como eje indispensable por donde se debe dilucidar todo proceso pro infanti, careciendo, por ende, de criterios para determinar el contenido esencial del interés superior de los niños y niñas.

Observando la problemática de su contenido y de la visión teleológica que se le debe proporcionar y desarrollar al ISN, se hace indispensable tratar de coadyuvar a la ciencia de los niños, niñas y adolescentes, para que en el futuro se entienda, se comprenda y se establezcan los parámetros y las técnicas mínimas necesarias que se debe cultivar para aplicar dicho principio. Se hace necesario destacar que lo que se prevé con el interés del sujeto menor de edad es que el Juez o funcionario pueda establecer lo mejor para el niño o niña; es decir, la aplicación insoslayable de cada uno de sus derechos humanos en cada caso concreto (Aguilar, 2008).

Con lo anterior, el objeto fundamental del presente trabajo es el de establecer el contenido esencial del principio, indicar y desarrollar la visión teleológica del mismo, aportar las técnicas necesarias e ineludibles para poder establecer de mejor manera el ISN, y así proveerle al juzgador o juzgadora las herramientas doctrinarias y jurisprudenciales, analizadas en casos concretos, para aprovisionarle de ideas y ejemplos sustanciales para la mejor aplicación del principio. Lo que se pretende es el acercamiento al contenido esencial del principio, respecto al cual, hasta en estos precisos momentos, no ha sido pacífica la discusión dentro del propio seno del Comité de los Derechos de los niños y niñas y de la doctrina especializada.

1. Base histórica del principio de interés superior de los niños y niñas

Como lo expuse en la parte introductoria del presente trabajo, se debe entender el principio de interés superior de los niños y niñas como el eje fundamental en cada uno de los procesos donde interviene un niño, una niña o un sujeto adolescente, toda vez que este principio forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez, el cual goza de

4 De Torres, J. M. (2009). *El interés del menor y derecho de familia, una perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Iustel, p. 25.

5 De Lama, A. (2006). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia: Tirant lo blanch, p. 92.



reconocimiento universal desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924, hasta la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de mil 1989. Esta última Convención se caracteriza por ser el Tratado Internacional que más Estados han ratificado, dentro del contexto de las Naciones Unidas, con lo que se demuestra el amplio grado de reconocimiento y aceptación de las normas de Derechos Humanos a favor de los niños, niñas y adolescentes.

Antes de la Convención, los niños y niñas fueron prácticamente personas ignoradas, protegiendo el sistema jurídico, en muchas ocasiones, únicamente a sus padres y madres. Los derechos de los niños y niñas se ventilaban en asuntos privados, puesto que no se consideraban relevantemente públicos. Este principio tiene su origen en los sistemas anglosajones en donde se consideró que con el ISN se solucionarían los conflictos familiares, por lo que empezó la evolución del mismo hasta nuestros días.

En la Convención de Ginebra de 1924, se consagran por vez primera, en el ámbito internacional, los derechos de los niños y niñas, estableciéndose la obligación de darles lo mejor con la frase “primero los niños”; posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se determina implícitamente los derechos de los niños como fuente de todos los derechos de la humanidad. Más adelante, en el año 1959 se aprobó, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos de los niños y niñas, en donde se disponía que el interés superior es el principio rector para orientar a los padres, madres, tutoras, tutores o responsables, sobre en relación con todo aquello que le sea más favorable al niño o niña, quien tiene el pleno derecho de gozar de una protección especial, con la finalidad de desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad, estableciendo la obligación de promulgar leyes

para ese fin, prevaleciendo para ello, el interés superior de los niños y niñas⁶.

En igual sentido se han pronunciado los Pactos Internacionales Civiles y Políticos (art. 24.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.3), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 19), hasta llegar a la Convención sobre los derechos de los Niños (art. 3), de los cuales se desprende la obligación de regular internamente el principio de interés superior de los niños y niñas. La Convención sobre los Derechos de los niños y niñas fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. Con esta normativa internacional se pretende proteger y salvaguardar todos y cada uno de los derechos humanos de los niños y niñas, con base en la visión del interés de los niños, niñas o adolescentes sobre cualquier otro tipo de interés, incluyendo a cualquier sujeto adulto. Dicha Convención ha tenido eco en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo ha expresado en los casos de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú del 8 de julio de 2004, en el caso de las niñas Yean y Bosico vs República Dominicana, de fecha 8 de septiembre de 2005, en el caso de los niños de la Calle vs Guatemala, de fecha 19 de noviembre de 1999, en el caso Bulacio vs Argentina del 18 de septiembre de 2003, en el caso del Instituto de la reeducación del menor vs Paraguay de fecha 2 de septiembre de 2004, y en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: OC-17/02 de fecha 28 de agosto de 2002, la cual indicó que

Este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños y niñas se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la

6 La Declaración de los Derechos del Niño cuenta con diez principios, los cuales sugiero leer.

Convención sobre los Derechos de los niños y niñas.

2. Conceptualización del principio interés superior de los niños y niñas

El Interés superior de los niños y niñas es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia. Este principio se encuentra establecido de manera fundamental en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos de los niños y niñas. El ISN se puede definir como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña⁷. En otras palabras, se puede indicar que hace referencia al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir. Dicha decisión se debe considerar según lo que más le convenga al niño o niña en el caso concreto, a través de determinaciones que así lo indiquen, además de considerar los deseos y sentimientos del niño o niña -de acuerdo con su edad y madurez- y de las necesidades físicas, emocionales y educativas de los niños, niñas o adolescentes. Para poder decidir lo que más le convenga a los niños y niñas, se hace viable tratar de establecer los probables efectos que puedan surgir derivados de la decisión a tomar. Estos probables efectos se hacen referencia en cuanto al cambio o mantenimiento en su entorno, por lo que se tiene que establecer el conjunto de circunstancias personales, físicas, morales, familiares, de amor, confianza y educativas de las que el niño, niña o adolescente se va a rodear. Estos efectos del entorno son los que el juzgador o entidad administrativa deberá ponderar en el momento

justo de tomar una decisión, derivado de lo que más le convenga al niño o niña⁸. Esto último se relaciona con lo que manifiesta la doctrina especializada, en cuanto a la predictibilidad, la cual consiste en establecer “la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas” (Aguilar, 2008, p. 243) para lograr establecer que la decisión debe valorar el mejor porvenir -futuro- para el niño o niña, lo que significa poder vivir dignamente en donde se tengan cubiertas necesidades básicas tales como las afectivas, las físico-biológicas, las cognitivas, las emocionales y las sociales. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que todo niño o niña tiene el derecho de establecer un proyecto de vida que debe de ser cuidado y fomentado por el Estado, para lograr su desarrollo y beneficio social (Los Niños de la Calle vs Guatemala, 2002).

En principio se puede establecer, sin lugar a dudas, que los padres y madres son los principales garantes del interés de sus hijos e hijas, de donde se desprende que estos se encuentran bajo la patria potestad de aquellos, en beneficio de los niños y niñas, con respeto a su integridad física y psicológica y a todo aquello que les beneficie. En igual sentido, se establece como obligación de los juzgadores y juzgadoras resolver lo que más le favorezca al niño o niña, tal y como lo exige el ISN.

Con todo ello, se hace necesario observar que el interés superior de los niños y niñas no es simplemente una institución benefactora; también es importante añadir que el beneficio de los niños, niñas y adolescentes es prioritario, ya que supone un interés supremo a cualquier otro interés en juego. Con este principio, se establece que el juzgador o juzgadora debe adoptar cualquier medida que estime necesaria para garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, en donde se prevea la separación de un peligro para evitarle un perjuicio en su persona, bienes y derechos. En relación con esto último, el artículo 3 de la Convención sobre

7 Cfr. Sentencias de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia. Cfr. Exp. 01141-2009-00360, 01015-2011-00023, 01015-2011-00092, entre otras. En el mismo sentido lo expone O'Donnell (2009), el cual indica que se debe entender por interés superior del niño o niña todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social, para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. Cfr. *La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia*, www.iin.oea.org/badaj/docs, p.32. (Recuperado el 12 de mayo de 2012).

8 La sentencia de la Sala de Cámara primera de Apelación en lo Civil de la República de Argentina, indica que hace referencia al “centro de vida actual del menor”, o sea “el centro de gravedad de sus afectos y vivencias”. Exp. 33,648 de fecha 18 de agosto de 2000.



los Derechos de los Niños, previene que en toda decisión judicial o administrativa se debe adoptar lo que más le convenga al niño, niña o adolescente, estableciendo una clara limitante de afectación o restricción de derecho alguno.

Hoy día se traduce el interés superior de los niños y niñas en una visión infantocéntrica o puerocéntrica, la cual lleva consigo que todas las normas e interpretación de las mismas se construyan y fundamenten a través del principio de “interés superior de los niños y niñas” (Aguilar, 2008, p. 234). Lo cual implica que a todo niño, niña o adolescente debe protegerse con preferencia sobre cualquier otro sujeto implicado, como pueden ser su propio padre o madre, terceras personas o la administración pública; por ello, se dice que el interés del sujeto menor prevalece sobre los intereses de otros sujetos, los cuales pasan a segundo plano, razón por lo cual la visión infantocéntrica prima sobre cualquier otra consideración estado y paternocéntrica⁹ (Calvo & Carrascosa, 2011, p. 354). Por lo anterior, puedo decir que el contenido esencial del interés superior de los niños y niñas se refiere a la protección y garantía de sus derechos fundamentales para fomentar el libre desarrollo de su personalidad, a través de los valores establecidos en la dignidad que posee todo niño, niña y adolescente¹⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha alejado de la visión infantocéntrica, en cuanto ha señalado -respecto a la relación con el ISN- la entera necesidad de adoptar cualquier tipo de medidas para lograr la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, que se fundamenta en la propia dignidad del ser humano, en las características

propias de los niños y niñas, y en la necesidad de propiciar su desarrollo para que alcancen todas sus potencialidades.

3. Fundamentación del principio de interés superior de los niños y niñas

Preservar el interés superior de los niños y niñas es una obligación primordial de la administración pública y de todo el Estado en general, tal y como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹, por lo que se genera una obligación insoslayable para proteger, fomentar y desarrollar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

La nueva concepción concentrada en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes tuvo sus orígenes en el sistema anglosajón, específicamente en la Child Welfare and Adoption Assistance Act de 1980 de los Estados Unidos de América, que se vio reflejada en la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas de las Naciones Unidas de 1989, y en The Children Act de 1989 en Inglaterra, en donde se destaca la regulación primordial sobre el interés superior de los niños y niñas como primacía de su interés de protección integral en la esfera pública y privada¹².

Con base en la Convención Internacional sobre los Derechos de los niños y niñas de 1989, se establece que el objetivo de la mencionada regulación es la de lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y de la adolescencia con pleno respeto a todos y cada uno de sus Derechos Humanos, estableciendo en el artículo

9 La sentencia de la Sala constitucional de Costa Rica, indica que la visión infantocéntrica “establece que los derechos de las personas menores de edad priman sobre las pretensiones tanto de los progenitores respecto de los derechos para con sus hijos, como de consideraciones estatales”. Exp. 2011-12458 de fecha 13 de septiembre de 2011. En igual sentido la sentencia de la Sala de Cámara primera de Apelación en lo Civil de la República de Argentina, indica que es “la priorización de los derechos e intereses del menor por sobre toda otra razón de orden familiar”. Exp. 33,648 de fecha 18 de agosto de 2000.

10 En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha expuesto que este principio es un regulador de la normativa de los derechos del niño y se fundamenta en la dignidad de todo ser humano, en las características propias de los niños y niñas y en la entera necesidad de propiciar el desarrollo de los mismos, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Cfr. Opinión Consultiva número OC-17, de fecha 28 de agosto de 2002.

11 Cfr. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *niñas Yean y Bosico vs República Dominicana*, de fecha 8 de septiembre de 2005. Sentencia *Los niños de la Calle vs Guatemala*, de fecha 19 de noviembre de 1999. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: OC-17/02 de fecha 28 de agosto de 2002.

12 Cfr. *The Children Act* de 1989, establece que en los casos de crianza de los niños y niñas, el juez tomará en consideración lo siguiente: a) los deseos y sentimientos ciertos del niño o niña respectivo (considerado a la luz de su edad y de su entendimiento); b) sus necesidades físicas, emocionales y educacionales; c) el efecto probable en el o ella, de cualquier cambio en sus circunstancias; d) su edad, sexo, personalidad y cualquier característica de el o ella que el juez considere relevante; e) cualquier daño que el niño o niña haya sufrido o esté en riesgo de sufrir; f) qué tan capaces son su padre y su madre, y cualquier otra persona en relación a quien el juez considere ser relevante la cuestión, para satisfacer sus necesidades; y g) el rango de facultades disponibles para el juez bajo esta ley en el procedimiento en cuestión.

3º la garantía de aplicar en cada caso el interés superior de los niños y niñas para asegurar el goce y disfrute de sus derechos¹³.

Con este fundamento, se puede establecer el cimiento primordial del interés superior de los niños y niñas, por medio del cual en todo asunto, conflicto o proceso donde se vea inmiscuido un niño, niña o adolescente, se deberá observar el principio. No importa si el asunto que se ventila es administrativo o judicial, o es penal, laboral, civil, mercantil, administrativo, de niñez o familia; lo importante es que todo operador, funcionario o funcionaria deberá anteponer el interés superior de los niños y niñas. Es un criterio que se debe sopesar para resolver conflictos de intereses, debiendo resolver lo que más le convenga al niño o niña.

En el ámbito internacional, se hace necesario destacar lo establecido en Declaraciones y Tratados Internacionales que han motivado el interés superior de los niños y niñas, como principio rector a todos los niños, niñas y adolescentes, como es el caso del artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en donde se indica que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales; señalando también que todos los niños y niñas nacidos en matrimonio o fuera del mismo, tienen los mismos derechos y protección. Por otro lado, el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, establece que todo niño o niña tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. En igual sentido, y de manera especializada, lo ha tratado la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas en sus artículos 4 y 5, y particularmente en el artículo 3º ya aludido. Con referencia al continente americano, se puede establecer que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo VII que todo niño o niña tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales. En ese sentido se contemplan en

el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los derechos de la niñez, destacando que todo niño o niña tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieran.

Para concluir, la Honorable Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, ha indicado que

Los derechos de igualdad, diligencia y familia, los cuales son de observancia obligatoria en aras de garantizar el interés superior de los niños y niñas, que como quedó apuntado, dicho principio es complemento del conjunto de derechos que persiguen su protección y desarrollo (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2011).¹⁴

En ese mismo sentido ha indicado la Corte citada que

La disposición contenida en la normativa citada constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a los tribunales e instituciones privadas, a estimar el interés superior de los niños y niñas como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, pues en la medida que se reconoce que los niños tienen derechos, los mismos deben respetarse; es decir, los niños y adolescentes tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que conculquen (2011)¹⁵.

13 El artículo 3. 1. de la citada Convención Indica: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

14 Cfr. Expedientes 2694-2011, de fecha 16 de enero de 2012, y 2804-2011, de 27 de enero de 2012.

15 Expediente de la Corte de Constitucionalidad número 322-2011, de fecha 16 de junio de 2011. Es importante hacer notar lo que nos expuso la Honorable Corte de Suprema de Justicia, en cuanto al interés superior del niño en los casos de los procesos de adoptabilidad: "Es el caso que en esta clase de procesos lo que ha de prevalecer es el interés superior del niño, tal como lo establece el contenido del artículo 4 de la Ley de Adopciones, por lo que debe de caracterizarse por la ausencia de formalismos que lejos de garantizar los derechos del menor se convierte en un obstáculo para su ejercicio traducido en excesiva burocracia; asimismo, la posición asumida por el interponente en la presente acción de amparo, contraviene lo que para el efecto regula el artículo 54 de la Constitución Política de Guatemala, al declarar el Estado de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados... Coartar las oportunidades de un menor de edad y, peor aún en el caso de un niño abandonado, es un retroceso para lograr resolver sus necesidades básicas y ampliar sus oportunidades a fin de que alcancen su pleno potencial, puesto que, como todo ser humano los niños y niñas

4. Elementos fundamentales para alcanzar el contenido del interés superior de los niños y niñas

Como lo he manifestado, el ISN tiene como finalidad garantizar el bienestar de todo niño, niña o adolescente, haciendo énfasis en la primacía de su interés sobre cualquier otro. La experiencia ha denotado que el ISN es un principio que se fundamenta en una frase muy utilizada con muy poco sustento doctrinario y jurisprudencial; a raíz de ello, se hace indispensable su tratamiento desde la capacidad natural del sujeto menor de edad, orientado a coadyuvar al establecimiento de dicho principio -eludiendo aspectos que tiendan a afectar la decisión-, así como el entorno y las perspectivas que puedan converger al interés superior de los niños y niñas y, muy especialmente, los criterios y técnicas que todo juzgador o funcionario público debe esgrimir para garantizar que su resolución lleve consigo los elementos indispensables para viabilizar el ejercicio de un verdadero interés superior de los niños y niñas. Indudablemente la solución no será fácil, pero la idea que se tiene es la de posibilitar un acercamiento sustancial e inevitable para garantizar una resolución que encuadre en el esquema filosófico que se pretende en la propia Convención Internacional y en las Leyes especializadas de la niñez y adolescencia¹⁶.

Como lo expuse, para establecer el interés superior de los niños y niñas se hace necesario estudiar y considerar el caso concreto, para luego analizar cada uno de los factores que puedan incidir en determinar lo que más le convenga al niño o niña, y así poder garantizar el goce y disfrute de cada uno de sus derechos. Anteriormente ha quedado patentada una definición que tiende a la potenciación de los derechos físicos y psíquicos de los niños y niñas para lograr la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable

tienen derechos y necesitan también cuidados y protección especiales, situación que no puede desatenderse por un rigorismo administrativo". Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Exp. 188-2011, de fecha 11 de julio de 2011.

16 En Guatemala se cuenta con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto del Congreso número 27-2003, vigente desde el año 2003.

para su bienestar en general¹⁷; a raíz de ello, se hace indispensable establecer tres puntos concretos para lograr alcanzar los fundamentos teleológicos del principio: la capacidad de los niños y niñas, su entorno familiar y social, y la predictibilidad. Con estos tres elementos se puede establecer el contenido esencial para alcanzar el interés superior de los niños y niñas, los cuales tienen que estar presentes y tratar de ser desarrollados en cada hecho particular. Todo juzgador o funcionario público que tienda a velar por el interés superior, deberá analizar el caso y tratar de encontrar los elementos anteriormente indicados. Tal y como ya lo expuse, el ISN radica en un principio de protección integral al niño o niña, quienes por el simple hecho de ser menores, merecen el más amplio cuidado, atención y protección de sus intereses y derechos, por lo que todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales deberán observar, atender y respetar¹⁸. Por ello,

17 La Sala de Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Guatemala, ha definido el principio de interés superior del niño como: "(...) la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los menores, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño, por lo que este Tribunal ha decidido circunscribirse a resguardar cada uno de sus derechos y auspiciar la tranquilidad en un ambiente familiar o el que más se acerque al mismo" Sentencias: 01015-2011-00023, 01015-2011-00092 y 01141-2009-00360.

18 En este sentido, según la jurisprudencia y la doctrina científica podrían ser máximas de experiencia o criterios para la determinación en concreto del interés superior del niño o niña las siguientes: a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor de edad (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas. b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del niño o niña, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento. c) Mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual del niño o niña, y vigilar la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y de compañeros y compañeras, de amigos, amigas y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica; y, frente a eso, se debe ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situación anterior, sin modificar aquel entorno y *statu quo*. d) Considerar particularmente la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del niño o niña y de su entorno, actual y potencial), ambiente, y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del sujeto menor de edad y el impacto en la decisión que deba adoptarse. e) Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión en cuanto al interés superior del niño o niña (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a el o a ella; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio). f) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del niño o

es importante destacar la visión infantocéntrica en el plano del interés superior, la cual deberá perdurar en toda resolución y decisión que afecte directa e indirectamente a niños o niñas. Para que las autoridades indicadas puedan establecer los criterios generales, se ha hecho necesario determinar los siguientes contenidos esenciales del interés superior:

a) Expresión y deseos de los niños, niñas y adolescentes.

La capacidad natural de actuación de los niños, niñas y adolescentes se puede determinar a través de su grado de desarrollo intelectual y emocional, que les permite decidir libremente lo que realmente desean hacer y decir. De ahí que pueda establecerse que el niño o niña con suficiente madurez, independientemente de su edad, puede ejercer sus derechos y definir sus deseos; en el caso de carecer de madurez suficiente, el niño o niña podrá ejercer sus derechos y deseos de expresión con la ayuda de sujetos expertos en psicología infantil, los cuales podrán determinar el verdadero deseo del niño o niña.

Con lo anterior, se hace necesario instituir que más importante es hacer referencia a la madurez y capacidad de los niños y niñas en cada caso particular, que imponer una edad generalizadora para todos los casos en general. Lo necesario en cada situación concreta es determinar, a través de un equipo de sujetos expertos (psicólogos y psicoterapeutas), la madurez particularizada de los niños, niñas y adolescentes.

Recientemente se ha manifestado la idea generalizadora de que se debería contar con una determinada edad orientativa en relación con la existencia o no de la suficiente madurez de los niños y niñas, sin considerarla con una infranqueable rigidez, por lo que valdría la pena tomarla como una franja de edad orientativa y flexible a la vez, con dependencia del caso concreto y particularizado (De Lama, 2006, p. 104). Por ello, la ciencia de la psicología ha

determinado que a partir de los seis años se puede medir el desarrollo psicológico de los niños y niñas para establecer el logro cognitivo y el autoconcepto, tesis que también se sustenta a través del grupo de psicólogos y psicólogas de la Sala de la Niñez y Adolescencia de la República de Guatemala, que con fecha 19 de julio de 2010 expresaron tal criterio al indicar que

(...) se llegó a la conclusión de que no es necesario realizar una evaluación psicológica que determine dicha capacidad en los niños cuando oscilan entre la edad comprendida entre (sic) 0 a 6 años, que en este periodo de su vida los niños no poseen aún capacidad analítica para poder hacer dicho análisis¹⁹.

Con independencia de una edad orientativa o de una edad predeterminada sugerida por la psicología, lo más importante es el bienestar de los niños y niñas, y para ello se hace necesario establecer el grado de madurez suficiente a fin de determinar lo que más le convenga al niño, niña o adolescente, para lo cual es importante estudiar cada caso concreto y de manera técnica y particularizada.

Con lo anterior, es necesario contar con psicólogos y psicólogas, psicoterapeutas u otra clase de profesionales que puedan determinar y apreciar la madurez de los niños y niñas para poder conocer y evaluar su opinión. En la actualidad, se le da muy poca relevancia a esta clase de expertos, pero se hace necesario partir de que constituyen un elemento indispensable para determinar la madurez u otra circunstancia que pueda afectar la opinión de los niños y niñas.

Para establecer la capacidad natural de los niños y niñas se hace “indispensable oír al menor de edad, en forma distinta que al adulto” (Solórzano, 2006, pp. 115-116)²⁰. En

niña (en particular para el sujeto adolescente), a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro. Los sistemas anglosajones establecen una serie de criterios mínimos que deben tener en cuenta los tribunales a la hora de concretar el interés superior del niño o niña.

19 Unidad de Psicología de la Sala de la Niñez y Adolescencia.

20 “La forma de la audiencia no puede ir orientada por el modelo del interrogatorio, sino que debe procurarse el intercambio de impresiones y argumentaciones (no sugestivos) y buscarse un debate razonable acerca de la cuestión que se le consulta al niño o niña, de tal suerte que éste sienta que participa del diálogo y que no solamente es objeto de recopilación de información. De lo que se trata, entonces, es de dictar las medidas administrativas, judiciales y de cualquier tipo que eviten la victimización secundaria del niño o la niña”. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño, establece como garantía que el niño

las entrevistas o audiencias con niños, niñas o adolescentes, en el Juzgado de la Niñez y Adolescencia de Quetzaltenango (Guatemala), se desarrolló un mecanismo de circuito cerrado, (el cual fue replicado en el Juzgado de la Niñez y Adolescencia del área Metropolitana), donde el niño o niña es colocado en un sitio especial para juegos -sala lúdica- en compañía de una psicóloga, la cual le hace el acercamiento correspondiente -con juegos, habilidades o distracciones infantiles- para obtener la entera confianza de los niños y niñas; cuando se establece esa confianza especial con la psicóloga, para el niño o niña ella es una mujer mayor con la que está jugando; esto inicia con la exploración por parte de la profesional para determinar su capacidad, y así entender la situación del caso concreto y examinar su voluntad y apreciación sobre la situación que se persigue dentro del proceso. Lo que destaca en este sistema es que la psicóloga se encuentra interconectada por micrófonos, cámaras y sonidos que el niño o niña no aprecia ni muchos menos escucha; todos los sujetos procesales, incluyendo el juzgador, se encuentran en otra sala completamente separada del recinto donde se ubica el niño o niña, observando y escuchando toda la información explorada por la profesional de la psicología a través del circuito cerrado de televisión. Con este sistema se garantiza evitar la revictimización del sujeto menor de edad en las salas de audiencias y se logra establecer de mejor forma la capacidad natural de los niños y niñas. Por otra parte, es muy importante resaltar lo que nos indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a que un niño o niña no deberá ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, particularmente cuando se investigan acontecimientos dañinos para el o ella, derivado de que al escuchar le puede resultar difícil, además de causarle daños traumáticos²¹.

Para establecer la capacidad natural de los niños y niñas, se hace indispensable tomar en consideración lo relacionado con la autonomía

progresiva como derecho inalienable que todo niño o niña tiene, toda vez que esta permite ejercer derechos y asumir obligaciones de conformidad con la evolución de sus facultades psíquicas; de ahí que la capacidad natural del sujeto menor de edad depende de su capacidad paulatina de ejercer por sí sus derechos. Con la autonomía progresiva se garantiza que entre mayor es el niño o niña, mayor es su capacidad para ejercer sus derechos y contraer obligaciones. La autonomía progresiva es un derecho de la niñez, estipulado en los artículos 5 y 12 de la Convención sobre los derechos de los niños y niñas y en el artículo 5 de la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala²². En igual sentido se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha indicado que se debe partir de

(...) un análisis casuístico, lo cual implica que las necesidades e intereses actuales de la niña deben ser determinado mediante el análisis calificado de personas especializadas que consideren diversos factores individualizados, como su madurez o las experiencias vividas hasta el presente.

Dentro de la tarea de determinación de los deseos del niño, niña o adolescente, es importante percatarse de cualquier síndrome que pueda afectar su voluntad²³:

22 El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, indica: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". El artículo 12.1 de la citada Convención, expresa: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". En igual sentido el artículo 5 de la Ley especial señala: "Interés de la niñez y la familia. El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de la edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley..."

23 El Comité de los Derechos del Niño, ha establecido que: "... el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las

tiene derecho a expresar su opinión libremente, cuando esté en condiciones de formarse su propio juicio, teniéndose en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

21 Cfr. Sentencia del caso Karen Atala vs Chile de fecha 24 de febrero de 2012.

Los principales síndromes a establecerse son los siguientes:

i) Síndrome de Alienación Parental: Consiste en un proceso por medio del cual uno de los progenitores (el padre o la madre) realiza estrategias personales y egoístas, donde logra transformar la conciencia y derecho de sus hijos e hijas, impidiéndole, obstaculizándole y destruyéndole los vínculos de los niños y niñas con el otro progenitor y demás familiares. Este síndrome de Alienación Parental (SAP) fue instituido por Richard Gardner, quien Indicó que se basa en un desorden derivado de las disputas judiciales sobre la custodia de los hijos e hijas. Se inicia cuando el padre o la madre hace creer al niño que el otro (padre o madre) es malo, por lo que le traslada una doble visión: un padre bueno o una madre buena, a quien ama y respeta, y el otro a quien odia y menosprecia. Según Gardner, existen síntomas primarios del Síndrome de Alienación Parental, siendo los siguientes: 1. Campaña de denigración hacia el padre o hacia la madre. Se manifiesta verbalmente y en los actos. En los niños y niñas se observan continuas descalificaciones hacia su padre o hacia su madre (hacia uno de los dos). 2. Débiles, absurdas o frívolas justificaciones para el desprecio. Muchas de las quejas presentadas por los menores o por las menores carecen de coherencia suficiente para justificar el no mantener visitas con el progenitor o progenitora no custodio. 3. Ausencia de ambivalencia. Todo es bueno para uno (padre o madre) y todo es malo para el otro. Están seguros de ellos y de su sentimiento hacia el otro padre: el odio. 4. Fenómeno del pensador independiente. Los niños o niñas afirman que la decisión de rechazo es completamente suya y niegan la influencia de cualquier persona. 5. Apoyo reflexivo al progenitor alienante en el conflicto parental. Los niños o niñas aceptan la validez de las alegaciones de uno de los progenitores (padre o madre) contra el otro aunque se les ha demostrado lo contrario. 6. Ausencia de culpa hacia la crueldad y la explotación del progenitor alienado. Los hijos e hijas no sienten ninguna culpabilidad por la denigración o la explotación del progenitor o progenitora alienado. Muestran total indiferencia hacia los sentimientos de ese

otro progenitor 7. Presencia de argumentos prestados. El hijo o hija mayor cuenta hechos que no ha vivido el manifestante o que ha escuchado contar. Además conoce todos los procedimientos legales que existen entre su padre y su madre. 8. Generalización a la familia extensa. En este caso hay un claro desprecio hacia la familia del progenitor o progenitora alienado y de sus medios hermanos o hermanas. Por otro lado, también se ha indicado que el Síndrome de alienación parental se puede manifestar en los padres y madres, y esto suele ocurrir cuando el sujeto alienador es una persona sobreprotectora, además de estar cegada por su rabia o por un ánimo de venganza, provocado por los celos o por la cólera²⁴. El progenitor o progenitora alienador se ve como víctima, tratado injusta y cruelmente por el otro, del cual se quiere vengar haciéndole creer a sus hijos e hijas que su cónyuge tiene toda la culpa²⁵

24 Actualmente, en doctrina se estudia un síndrome que se refiere exclusivamente a la figura materna (**síndrome de la madre maliciosa**) por ser lo que comúnmente suele suceder, aunque existen excepciones con relación a padres que impiden el acercamiento de sus hijos o hijas a la madre. Esta clase de circunstancias se imponen cuando la madre intenta injustificadamente castigar a su exmarido o exconviviente, colocando al niño o niña contra el progenitor, implicando a otras personas en sus actos maliciosos o manteniendo litigios judiciales durante años solicita medidas de seguridad sin fundamento, con lo cual interfiere en el régimen de relaciones familiares y en el libre acceso del padre para con sus hijos e hijas. Se produce un patrón de actos contra el padre como contarle a los niños y niñas mentiras sobre que en realidad no es su padre, que no paga la pensión alimenticia, que la maltrataba, que los abandonó, etc. Lo difícil de todo ello, es poder observar el grave daño que se les hace a los niños y niñas, ya que ellos y ellas tienen el pleno derecho de disfrutar y compartir con ambos -padre y madres-, aunque estén separados. Ninguno de los dos progenitores tienen derecho a negarle el padre o la madre a sus hijos e hijas. Cfr. VV.AA (2009), Síndrome de Alienación Parental (SAP) en procesos de separación, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, p. 5. El más cruel ejemplo de este síndrome, es lo que aconteció en la ciudad de Guatemala, donde una madre por impedir -a toda costa- el libre relacionamiento de su hija con su señor padre, provoca la violación de su propia hija -con resultado muerte-, con el propósito desmedido de pretender falsamente inculpar de los hechos de violación al padre de la niña y, así, poder alejarlo totalmente de la niña. Posteriormente se demostró en juicio la falsedad de la madre y la responsabilidad penal por la muerte de su propia hija.

25 Cfr. VV.AA. (2009), Síndrome de Alienación Parental (SAP) en procesos de separación, Ob. cit., pp. 8 y ss. Por otro lado, se indica en psicología que dicho fenómeno se fundamenta en una carga de odio que es dado a los niños y niñas por medio de la "la repetición constante y estudiada de mentiras y manipulaciones, las más usuales suelen ser; "tu papi (o mami) no te quiere", "no te busca", "no da dinero para ti", "no te llama", "me agrada cuando tú no ves", etc., etc." Vid, Rodríguez-Sacristán J: *El hecho sorprendente del enfermar en la infancia. En: Psicopatología del niño y del Adolescente*. Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones 1995, pp. 29-44.

opiniones de los demás". Observación General N° 12 (2009).

Por lo anterior, la psicología moderna considera al SAP como una de las formas más sutiles de maltrato infantil²⁶. En el ámbito jurisprudencial, se ha determinado que el Síndrome de Alienación Parental es en verdad un método programador donde uno de los dos ascendientes directos ataca y manipula al otro a través de métodos que tienden a dañar psicológicamente a los niños y niñas; esto ocurre normalmente después de una separación o divorcio, tal y como lo exponen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como en el caso *Affaire Dabrowska vs Polonia*, de fecha 2 de febrero de 2010, en cuya sentencia se indica que: “El Tribunal reconoce la programación de la menor por parte de la madre y la falta de diligencia del Estado para hacer cumplir el derecho del menor y del padre a mantener una relación”²⁷.

ii) Versión del Síndrome de Estocolmo: Consiste en una versión del síndrome de personas secuestradas por sus secuestradores, donde se logra un grado de afectividad entre el agredido o agredida con su agresor o agresora, hasta impedir cualquier tipo de intervención policial y judicial (Torres, 2009 y López-Contreras, 2008, p. 61). En el ámbito de la niñez, se define como una relación emocional

de dependencia entre el niño o niña con el sujeto adulto, hasta lograr una convicción en la persona menor de que no puede sobrevivir sin el cuidado y alimento de su padre, madre, tutores o responsables, aunque esté siendo directamente agredido por ellos. Este tipo de versión se puede establecer en cualquiera de las relaciones paterno-filiales o de persona adulta referencial significativa que pueda tener el niño, niña o adolescente, quien a pesar de estar sometido a un trato que va en contra de sus derechos, consiente en ello y quiere seguir permaneciendo al lado de quien lo agrede.

iii) Padrectomía (Síndrome del padre destruido): Consiste en la extracción de la figura paterna de la mentalidad y necesidad de los niños, niñas y adolescentes, con lo cual se produce la pérdida total o parcial de los derechos del padre o madre ante sus hijos e hijas. En muchas ocasiones se logra establecer el presente síndrome, por la separación o divorcio del padre y la madre, en donde uno de ellos logra extirpar la afectación de los niños y niñas hacia el otro, produciendo una creencia natural de la inexistencia del progenitor o progenitora, concibiéndolo como innecesario y se transforma el niño en una indiscutible pertenencia maternal, o paternal, según el caso (Zicavo, 2008). Se indica que ese alejamiento forzado del padre para con sus hijos e hijas, pareciera no interesarle en absoluto a la madre o al padre que ejerza la custodia, ya que se queda con los hijos e hijas y elimina para siempre ese vínculo filial, por lo que da inicio a un sufrimiento del progenitor o progenitora ausente por la pérdida de sus hijos e hijas, que al igual que en los niños y niñas se manifiesta con la misma intensidad²⁸.

26 Cfr. VV.AA. (2008), *El Síndrome de Alienación Parental: Una forma de maltrato infantil*, p. 2 <http://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062006000100009> (visitado el 19 de junio de 2012). En esta obra se indica que: “Sea cual fuere el miembro de la pareja (madre o padre) con quien conviva el niño se ha de garantizar la relación con ambos tras la separación; los regímenes de visitas tienen varias e importantes funciones psicológicas para el desarrollo de la infancia; las visitas protegen los derechos del menor de acceso al progenitor no custodio, al igual que los de este último; así mismo, se protege el vínculo emocional entre el niño y sus progenitores, ya que se le proporcionan modelos de rol alternativos y, por último, se permite al progenitor custodio que descansa de su responsabilidad en la crianza”.

27 En ese mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expuesto que “para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque se rompa la relación entre los padres, y las medidas internas que se lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 (derecho a la familia) del Convenio”. Sentencia *Johansen contra Noruega*, 7 agosto 1996. En igual forma, indica que: “...la idoneidad de las medidas para reunir a un progenitor y su hijo, se juzga según la rapidez de su aplicación, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para la relación entre el niño y aquel de los progenitores que no vive con él (véase, *mutatis mutandis*, sentencias *Ignaccolo Zenide contra Rumanía* [tedh 2000, 14], núm. 31679/1996, ap. 102, cedh 2000-i, *maire contra Portugal* [jur 2004, 73133], núm. 48206/1999, ap. 74, tedh 2003-vii, y *Bianchi contra Suiza*, núm. 7548/2004, ap. 85, 22 junio 2006)”. Sentencia *Caso Saleck Bardi contra España*, de 24 mayo 2011.

28 Cfr. Bautista López, R., *Padrectomía (Síndrome del padre destruido)*, http://www.zetatijuana.com/html/EdicionesAnteriores/Edicion1751/Opinionez_Padrectomia.html, (consultado el 30 de mayo de 2012). En igual sentido se manifiesta Ferrari, al indicar que: “En muchos casos se podrá decir que el padre partió pero que dejó arreglada la situación económica o que siempre pasa dinero, pero todos sabemos que la relación de los padres con los hijos no sólo consiste en cubrir las necesidades materiales, sino que va mucho más allá. Aunque el cheque llegue el hijo sigue sin padre, con el enorme vacío adentro, con esa pesada carga que significa no tener padre, con ese “cáncer” a la autoestima de ser un hijo ignorado y sin poder enriquecerse con esa otra persona que debería estar a su lado y no está. El niño crecerá con cierto desequilibrio, que a veces será es demasiado, ya que a menudo la ausencia de padre trae la sobrepresencia de madre”. (Ferrari, 2008).

En el caso de las opiniones de los niños y niñas, se hace viable considerar la autonomía progresiva, la que permite instituir la suficiente madurez de juicio entre estos²⁹. Existirán casos donde se podrá establecer dicha madurez, y el niño, niña o adolescente pueda tener una actuación directa y por sí mismo, derivado del desarrollo de su autogobierno. En algunos otros casos, el desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes se ejercerá a través de su padre y su madre, o de los sujetos que ejerzan como tutores o encargados, quienes serán sus intérpretes en el ámbito judicial o administrativo. El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General número 12, expone que el niño o niña tiene el derecho de expresar su opinión libremente, sin ningún tipo de presión, sin ser manipulado o influenciado indebidamente, con lo cual se garantiza que el niño o niña tiene el derecho de expresar sus propias opiniones y deseos y no las opiniones o deseos de los demás³⁰. Con ello se puede

establecer que todo niño o niña tiene el pleno derecho de ser escuchado en cualquier entidad judicial o administrativa en los procedimientos donde se le pueda afectar algún derecho por ser niño o niña. El derecho de opinión de los niños y niñas abarca aspectos sociales, familiares, laborales, judiciales, de salud, de educación, de inmigración, de asilo, etc. (Comité de los Derechos del Niño, 2009, pp. 15 y ss).

Es necesario acotar que la manifestación del deseo del menor no siempre coincide con su propio interés; en estos casos, se hace necesario determinar si su actitud deviene de alguna condición caprichosa, del desconocimiento de otro entorno o de una alienación parental. Razones primordiales que se tienen que establecer para determinar los límites a los deseos de los niños y niñas, cuando estos sean contrarios a sus derechos fundamentales y al libre desarrollo de su personalidad. Los deseos de la persona menor se pueden hacer valer a través de una participación directa o en audiencias judiciales y administrativas. Es necesario advertir que los deseos de los niños y niñas no siempre pueden coincidir con su propio interés, por lo que los juzgadores y juzgadas deben ser analíticos y agenciarse de personas expertas para tomar una mejor decisión (v. gr. el niño que no quiere ir al hospital, no quiere las inyecciones, no desea ir al colegio, no desea visitar a su padre o madre, no desea relacionarse con sus hermanitos o hermanitas, etc.).

b) Entorno familiar y social de los niños y niñas

Se refiere al conjunto de circunstancias personales, familiares, sociales, educativas, morales, culturales, etc., de las que se rodea el niño, niña o adolescente. Es necesario advertir cada una de estas circunstancias antes de tomar cualquier decisión, puesto que el niño o niña tiene pleno derecho de gozar y disfrutar su vida dentro de un adecuado entorno familiar, social, educativo y cultural. En cualquier caso particular, se debe hacer una ponderación de

29 Sobre la autonomía progresiva, el Comité de los Derechos del Niño establece: "Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. "Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño. Debe prestarse atención a la noción de la evolución de las facultades del niño y a la dirección y orientación que proporcionen los padres" (Comité de los Derechos del Niño, 2009).

30 El Comité de los Derechos del Niño, indica que "La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño. Los Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones 'en todos los asuntos' que lo afecten. Ello representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente" (Comité de los

Derechos del Niño, 2009). Por su parte, De Torres, en su obra *Interés del menor y derecho de familia* (Ob. cit., p. 23), expone que no se debe confundir el bien del niño con el deseo del niño por muy atractivo que parezca, puesto que una persona puede tener deseos irracionales, con lo que no le beneficiara de ninguna manera.

cada uno de los derechos con que cuenta el niño o niña, para así tomar una decisión y agenciarle todos y cada uno de sus derechos, tomando en cuenta su entorno y el ambiente que más le favorezca para el desarrollo de su personalidad. En este campo se hace referencia al proceso de formación, aprendizaje y afianzamiento de la propia personalidad de los niños, niñas y adolescentes. Todo niño o niña tiene el pleno derecho de que el desarrollo de su personalidad venga marcado por un conjunto de valores sociales jurídicamente relevantes, por lo que todos los padres, madres, tutores o encargados deben inculcarles los valores innatos sobre la dignidad, la libertad, la seguridad, el respeto y la cordura³¹. Se trata de establecer que al niño, niña o adolescente se le infundan los derechos de las demás personas, de tal forma que aprenda que en el ejercicio de sus propios derechos debe respetar el derecho de los demás (De Lama, 2006, p. 100).

Con todo ello, se tiene que proveer de educación formativa e integral al niño o niña.

En este campo del entorno, se hace viable el planteamiento de la ponderación de bienes y derechos de los niños y niñas, tomando en consideración lo que más les favorezca en cada caso concreto, toda vez que se tendrá que sopesar los derechos que tenga de un lado con los derechos que tenga de otro lado, para advertir y resolver la colisión por el derecho que tenga mayor peso (v. gr. en un hogar se le ofrece cariño y educación y en el otro hogar se le ofrece amor, cariño, comprensión, confianza, educación y respeto)³². El objeto es proporcionarle al niño

o niña un entorno familiar y social más acorde y de conveniencia al niño, niña o adolescente, por lo que el juzgador o juzgadora deberá advertir, sopesar y determinar el ambiente que más le convenga al sujeto menor de edad para el desarrollo pleno de su personalidad. Para el establecimiento del desarrollo de su personalidad se hace indispensable valorar cada una de las circunstancias actuales que posee el niño o niña, y las circunstancias futuras que se prevea que va a poseer. El objetivo último es observar a un sujeto menor sano, educado, alimentado, respetado, alegre y con una dirección de vida acorde con lo que se espera de cualquier niño o niña³³. Lo que se persigue es lograr que todo niño, niña o adolescente alcance el pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica, y demás valores humanos. Dicho desarrollo integral lleva inmerso el acrecentamiento y el aprovechamiento inteligente y ético de las capacidades de los niños y niñas, para darles acceso a la libertad, a la seguridad, a la integridad, a la igualdad, a la educación, a la salud, al disfrute, al amor, a la comprensión, como también al disfrute de un medio ambiente sano, a bienes de orden inmaterial como el

31 El Comité de los Derechos del Niño, ha expuesto que: “La salud y el desarrollo de los adolescentes están fuertemente condicionados por el entorno en que viven. La creación de un entorno seguro y propicio supone abordar las actitudes y actividades tanto del entorno inmediato de los adolescentes –la familia, los otros adolescentes, las escuelas y los servicios- como el entorno más amplio formado por, entre otros elementos, la comunidad, dirigentes religiosos, los medios de comunicación, las políticas y leyes nacionales y locales”. También indica que, “El Comité subraya la importancia del entorno familiar, que incluye a los miembros de la familia ampliada y de la comunidad así como a otras personas legalmente responsables de los niños o adolescentes”. Observación General No. 4 (2003).

32 En cuanto a la ponderación de derechos o principios, se ha estipulado que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de uno de los derechos o principios, mayor deberá ser la importancia de la satisfacción del otro. En igual forma se ha determinado que la ponderación de derechos es la fórmula para determinar, en un caso concreto, cuál de los derechos en colisión tiene mayor peso. La estructura de la ponderación se determina a través de la ley de

ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. Con ello, lo que se pretende es considerar de una manera imparcial los derechos contrapuestos con la finalidad de resolver el conflicto, fundamentados en la cantidad y calidad de lesión o satisfacción de derechos, para el caso concreto. En conclusión, esta se puede considerar como una fórmula mágica del juzgador o juzgadora para advertir y colocar los derechos en conflicto en una balanza y, así, determinar la manera como esta se inclina. Sobre ello, nos expresa la doctrina que: “De esta forma, sin que en el plano abstracto se altere la antes mencionada convivencia de los principios, lo que se advierte es la configuración de una jerarquía axiológica, esto es, una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor, por cuyo resultado un principio desplaza a otro y se torna aplicable en una causa particular; insistiendo en que dicha jerarquía siempre se refiere a casos concretos” (Baquerizo, 1994, p. 29).

33 En este sentido el Comité de los Derechos del Niño, ha expresado que “El Comité espera que los Estados interpreten el término ‘desarrollo’ en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños” (Comité de los Derechos del Niño, 2003). Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 párrafo 6 del artículo 44), año 2003, p. 4.

saber, al derecho a participar plenamente en la vida de la comunidad y en los procesos de toma de decisiones, y a gozar, al mismo tiempo, de las libertades humanas, económicas y políticas.

Por lo tanto, para determinar el mejor entorno familiar y social para el niño, niña o adolescente, se hacen indispensables tres elementos: a) velar por una vida larga, saludable y afectiva; b) velar por adquirir conocimientos y, c) tener acceso a los recursos necesarios para disfrutar de un nivel de vida decoroso. Por lo que, si no se dispone de esas opciones esenciales, muchas otras oportunidades permanecerán quebrantadas³⁴.

c) Predictibilidad

Consiste en tratar de predecir la situación o condición futura de los niños, niñas y adolescentes, en cada caso concreto, por lo que en toda decisión judicial o administrativa se deberá valorar las condiciones futuras que sopesarán sobre ellos y ellas. El principio del interés de los niños y niñas prevé una actuación en el presente para establecer los resultados futuros a su favor, en donde se tiene que predecir, con visión expectante, su futuro, destacándose la predictibilidad para alcanzar el mejor desarrollo integral. La doctrina anglosajona se desarrolla a través de la predictibilidad, la cual ha obtenido frutos importantes, ya que estima la idea de que los padres, madres, responsables, tutoras o tutores, deben actuar conforme a lo que el niño o niña, cuando llegue a ser adulto, considerará que hubiese sido lo mejor³⁵ (Diez-Picazo, 1984, p. 173, De Lama, 2006, p. 98, Zermatten, 2003, p. 14). Es importante colocarse mentalmente en la posición de los niños y niñas con visión al futuro y establecer objetivamente lo que más les convenga para el desarrollo de su personalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia los Niños de la Calle vs Guatemala, ha dejado establecida

la necesidad de determinar, en cada caso concreto, el mejor futuro de los niños, niñas y adolescentes, con base en la predictibilidad; así lo expuso: “todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece” (Villagrán-Morales y otros vs. Guatemala, 1999). Por tal razón, se hace ineludible determinar con base en estudios serios, el mejor futuro de los niños y niñas, garantizándole, cuando crezca, su satisfacción de conocer que fue la mejor decisión que se haya tomado en su beneficio. Se hace importante considerar, que cuando se es niño o niña, muchas personas mayores son las que toman las decisiones por los menores de edad, por lo que, están completamente obligadas a no equivocarse. La equivocación o no de la decisión, es la gran repercusión del hombre del mañana, por lo que, se debe de tener consciencia de la mejor decisión, para el mejor futuro de los niños y niñas (Hodgkin & Newell, 1998, p. 41)³⁶. Por tal razón, se considera indispensable la utilización del equipo multidisciplinario -psicólogos y psicólogas, trabajadores y trabajadoras sociales, pedagogos y pedagogas, y médicas y médicos-, para proveerse de una mejor resolución, en beneficio ineludible de los niños, niñas y adolescentes.

Con los tres elementos sustanciales anteriormente definidos, se garantizará el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia (Arango, 2009, pp. 27 y ss.)

Lo que persigue el desarrollo integral es hacer valer el desarrollo de la persona humana, con énfasis en lograr su mejor desenvolvimiento social, humano, intelectual, religioso y demás valores de la propia dignidad humana. Al establecer la voluntad de los niños y niñas sin restricción o coacción alguna, la determinación del mejor entorno familiar, social y educativo posible y la previsión de su mejor futuro, hacen posible garantizar el desarrollo integral de su personalidad.

34 *Idem*.

35 En la obra citada (p. 14), Zermatten, indica que “(...) la toma de conciencia del interés superior del niño no solamente en el momento en el que la decisión debe ser tomada, sino también en la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas. Esto parece particularmente importante en un dominio, la infancia, donde las situaciones por definición evolucionan rápidamente y donde parece ciertamente necesario actuar en el momento, aunque preservando, tanto como sea posible, el porvenir”.

36 En la obra citada, los autores manifiestan que: “Todo plan de acción a favor de los niños debe integrar el principio “interés superior”. Para ello, se establecerán mecanismos que permitan evaluar las repercusiones sobre los niños de las medidas adoptadas...”.



Indudablemente, para lograr el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia con base y fundamento en las decisiones judiciales, se hace necesario establecer la opinión y voluntad de los niños y niñas (libre de presiones o manipulaciones), la determinación del mejor entorno familiar, social y educativo para el niño o niña, y el establecimiento de un superior futuro, a partir de la predictibilidad. Ineludiblemente el juzgador o juzgadora, en caso de conflicto de intereses y derechos, deberá ponderar los elementos y derechos más sustanciales para lograr el desarrollo integral de los niños y niñas. Dicha ponderación se tendrá que llevar a cabo a través de una análisis sustancioso por parte del juzgador o juzgadora, donde deberá determinar los elementos cualitativos y cuantitativos de todos y cada uno de los derechos que el niño o niña debe gozar. Es decir, en un caso concreto deberá de establecer cuántos derechos y qué calidad de derechos puede disfrutar el niño, de un lado, y determinar la calidad y cualidad de derechos que se le ofrece al niño o niña, del otro lado. Con el balance o ponderación de estos derechos, deberá exponer la cantidad y la calidad de derechos que se le garantizarán al niño o niña por el lado que se decidió el juzgador o juzgadora. A veces puede surgir el conflicto entre la voluntad de los niños y niñas con su entorno familiar y la predictibilidad; es allí donde quien juzgue deberá también hacer valer lo anteriormente indicado. Todo lo anterior, con el objeto de lograr el desarrollo integral de los niños y niñas, destacando la vida, la salud, la seguridad, el amor, la armonía, la convivencia, el disfrute, la educación, los conocimientos, y un nivel de vida adecuado.

5. Técnicas para determinar el interés superior de los niños y niñas

Para determinar y coadyuvar a observar el interés superior de los niños y niñas, todo ente administrativo o judicial deberá auxiliarse de técnicos en la materia para definir lo que más le favorezca al niño, niña o adolescente en cada caso concreto. A raíz de ello, se hace necesario que toda autoridad se haga acompañar de expertos y expertas para dicha determinación

y posterior decisión. Dentro de los individuos expertos a tomarse en cuenta, están:

- a) Perspectiva psicológica y psicoterapeuta: Indiscutiblemente la ciencia de la psicología juega un rol importantísimo para determinar la capacidad natural de los niños y niñas, muy especialmente la psicología infantil, la que deberá estudiar el comportamiento de los niños y niñas desde sus características cognitivas, motoras, lingüísticas, perceptivas, emocionales y sociales. Por otro lado, también es de relevancia la psicoterapia, la cual consiste en determinar, evaluar y generar los cambios necesarios para el mejor desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes. Consecuentemente, esta ayuda profesional posibilitará que al menor de edad se le promueva los cambios de comportamiento, logre la adaptación a su entorno, y logre la salud psíquica y física y la integración e identidad psicológica para su bienestar y desarrollo integral. Estas técnicas son ineludibles para determinar la situación real de los niños y niñas, y así poder establecer las ventajas y desventajas que se pueden prever en cualquier tipo de resolución. Tanto la psicología como la psicoterapia son fundamentales para la toma de cualquier decisión. Es necesario recordar que el juzgador o juzgadora no es omnisciente, por lo que deberá hacerse acompañar y auxiliar de esta clase de sujetos expertos que van a poder determinar lo que mejor le convenga al niño o niña. Dentro de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, se encuentra la de acudir a las audiencias judiciales acompañados por esta clase de técnicos. En cada uno de los procesos de la niñez víctima, se hace necesario que quien vaya a juzgar, antes de tomar cualquier decisión, se haga acompañar de un experto o experta en psicología, el cual le hará saber algunas actitudes, capacidades o necesidades que tiene el sujeto menor de edad, con el objeto de resolver lo que más le favorezca a este. En la actualidad no es concebible reconocer una resolución judicial sin esta clase de sustento técnico y especializado. Por otro lado, se hace

importante recomendar al personal técnico o perito en la materia, la especialización en niñez y familia, toda vez que la ciencia está avanzando y se necesitan estudios especializados para el mejor tratamiento de la niñez víctima (Comité de los Derechos del Niño, 2009, pp. 13-14).³⁷ No basta con ser psicólogo o psicóloga general, se necesita tener una especialización o maestría en psicología infantil.

- b) Perspectiva social: La disciplina relacionada con el Trabajo Social, al igual que el aspecto psicológico, juega un papel indispensable para determinar la capacidad y la mejor conveniencia en el caso concreto de los niños, niñas o adolescentes. El trabajador o trabajadora social le facilita al órgano administrativo o judicial la información relevante sobre los aspectos socioeconómicos de los niños y niñas, de su padre y madre, de sus tutores, tutoras o sujetos encargados, y del entorno donde se desenvuelve o donde se desenvolverá. En el estudio del trabajador o trabajadora social se puede determinar la ponderación de los riesgos que pueden sobrevenir en contra del niño o niña. De igual forma, el trabajador o trabajadora social se encarga de establecer los factores protectores y saludables a su favor con que cuenta su familia o las personas responsables que lo abrigan. La idea fundamental es proporcionarle todos los insumos sociales, económicos y de entorno familiar de los niños y niñas al juzgador o

juzgadora. Con dicha información, quien juzgue deberá abordar el caso y resolver la mayor conveniencia que merece todo niño, niña o adolescente.

- c) Perspectiva pedagógica: Al igual que las anteriores, consiste en una disciplina que se encarga de velar, estudiar y recomendar la mejor educación de los niños, niñas y adolescentes, en cada caso particular.
- d) Equipo multidisciplinario: Indudablemente, con las tres disciplinas anteriores se puede determinar la capacidad natural de los niños y niñas y las condiciones personales, psicológicas, económicas, sociales, así como todo lo referente a su entorno, con el objeto de establecer las condiciones reales del desarrollo personal de los niños y niñas, y de esa manera determinar lo más conveniente para su desenvolvimiento futuro.

Desde nuestro particular punto de vista, el atender a un niño, niña o adolescente deberá hacerse a través de un equipo multidisciplinario en su conjunto, el cual deberá estar integrado, como mínimo, por cada uno de los sujetos profesionales anteriormente indicados. Sería mucho mejor, para brindar seguridad y certeza en el tema de niños y niñas, que cada una de las personas profesionales tengan al menos una especialización en niñez, como por ejemplo: psicología infantil, trabajo social con visión infantil, y la pedagogía correspondiente. Para el análisis de los casos, se hace viable una integración del equipo multidisciplinario para determinar los puntos concretos de cada niño, niña o adolescente. El equipo multidisciplinario deberá analizar el problema desde una visión infocéntrica en cada caso concreto, para así poder establecer el ISN, con base en los criterios indispensables para determinar dicho interés. En casos complejos y para una mejor resolución, sería muy importante abordar la cuestión con el auxilio de varios individuos técnicos en psicología, en trabajo social y en pedagogía, y así poder evitar cualquier tipo de errores que le puedan afectar al niño o niña para toda su vida. Se hace importante indicar que en la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de la República de

37 Tal y como lo expuse anteriormente, en el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia de Quetzaltenango (Guatemala), se inició un procedimiento de vital importancia para evitar la revictimización de la niñez víctima, toda vez que se instaló un circuito cerrado por donde se puede observar y escuchar a los niños jugando y manifestándose frente de una psicóloga, la cual trata de que el niño o niña se encuentre cómodamente jugando e informando al tribunal, sin enterarse de lo que está aconteciendo. Lo que intenta la psicóloga es que el niño o niña ni siquiera se entere de la información que está proporcionando directamente a la Sala de audiencias. Las técnicas de la psicóloga son especialmente estudiadas y analizadas por la profesional. La idea básica es sustraer al niño o niña de su realidad vivida, y enfocarlo a un juego divertido en donde toma confianza, lo que inicia con una conversación amena, agradable y espontánea con el sujeto menor de edad. Esta idea se está replicando hoy día en el Juzgado Metropolitano de la Niñez y Adolescencia de la ciudad capital. El Comité de los Derechos del Niño ha establecido cinco medidas para hacer realidad el derecho del niño o niña a ser escuchado: a) la preparación; b) la Audiencia; c) la evaluación de la capacidad del niño o niña; d) la comunicación de los resultados al niño o niña; y e) quejas y vías de recurso.

Guatemala, existe un importante lema: Principio fundamental: obligación que tiene el Juez de la Niñez a no equivocarse. Para hacer efectivo dicho principio, se considera necesario dejarse asesorar de diverso personal perito y técnico en la materia, a efectos de evitar una mínima equivocación. Es necesario recordar que en toda resolución, con el apoyo técnico necesario, se deberá resolver con visión infantocéntrica, alejada de toda visión estado o paternocéntrica. En ese mismo sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al determinar que se “debe partir de la realización de un análisis casuístico, lo cual implica que las necesidades e intereses actuales de la niña deben ser determinados mediante el análisis calificado de personas especializadas que consideren diversos factores individualizados” (Forneron e Hija vs. Argentina, 2012, párrafo: 151).

6. Visión infantocéntrica vs. Visión estado o paternocéntrica

Para resolver la problemática de la niñez y adolescencia se hace indispensable, tal y como lo dije anteriormente, que los juzgadores y juzgadoras tengan presente la visión infantocéntrica, la cual significa posicionarse exclusivamente dentro de la esfera de los niños y niñas, alejándose de cualquier otro ámbito que pueda incidir en la toma de decisiones. En otras palabras, el juzgador o juzgadora deberá observar únicamente los factores que puedan incidir en el beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Dentro de esta visión, se garantiza que los niños y niñas puedan obtener resoluciones que solamente a ellos les convenga. Esta perspectiva se aleja de cualquier aspecto contrario a la voluntad de los niños y niñas, a su beneficio propio y a su mejor futuro. Con lo anterior, dentro de la esfera infantocéntrica (centrarse únicamente en el beneficio de los niños y niñas), se hace posible excluir sentimientos, deseos, caprichos y ventajas de las personas mayores, aunque se tratase de su padre y su madre biológicos o adoptivos, o de la familia ampliada. El fundamento de la presente visión es el interés superior de los niños y niñas,

el cual me he propuesto patentar en el presente trabajo (Aguilar, 2008, p. 234)³⁸.

La visión estatocéntrica es la visión contraria, toda vez que con dicha esfera se estaría privilegiando los intereses estatales y gubernamentales, dejando a un lado la visión pro infantil. En ese sentido, se estaría fomentando la preeminencia de aspectos formales, reglamentarios, y de políticas de Estado que en muchas ocasiones son contrarias a los intereses, deseos, beneficios y al mejor futuro para el niño o niña. En cuanto a la visión paternocéntrica, esta es de igual forma una órbita exclusivamente donde se estaría privilegiando los deseos, beneficios y decisiones de los padres, de las madres o de la familia ampliada, lo que en algunas ocasiones tiende a afectar los beneficios y futuro de los niños y niñas.

Con lo anterior, pueden surgir casos complejos, como aquel cuando a una madre biológica, al salir del hospital, se le sustrajo a su hijo, y después de cinco años logra localizarlo y desea recuperarlo, y su hijo se encuentra en excelentes condiciones en un hogar bien integrado. Así también pueden surgir otros casos, como cuando los niños o niñas son intercambiados en el hospital en el preciso momento de su nacimiento; años después, las familias quieren tener al niño o niña que poseen, y también a su hijo o hija biológico. En estos casos, es muy importante pensar solamente en los niños -visión infantocéntrica-, y dejar a un lado el pensamiento y deseos de las personas mayores -paternocéntrica-. Es importante, previo a resolver un caso de esta naturaleza, estudiar a profundidad los temas sobre el apego infantil y la psicotraumatología infantil. En algunos casos complejos, se tiene que observar que la decisión no depende de los daños que

38 En ese mismo sentido, la Sentencia de la Sala constitucional de Costa Rica, indica que la visión infantocéntrica “establece que los derechos de las personas menores de edad priman sobre las pretensiones tanto de los progenitores respecto de los derechos para con sus hijos, como de consideraciones estatales”. Exp. 2011-12458 de fecha 13 de septiembre de 2011. También la misma honorable Sala Constitucional de Costa Rica, indica que “el interés superior del niño no es paternocéntrico ni estatocéntrico sino infantocéntrico, lo que implica en el caso concreto que la regulación de la alimentación, cuando beneficia la salud y el fomento de los buenos hábitos en el menor, incluso puede estar por encima de los criterios de los padres y del mismo Estado” Exp. 12-004198-0007-CO, de fecha 13 de junio de 2012.

han sufrido los mayores; no depende de los deseos o angustias de las personas mayores, solo depende del deseo de los niños y niñas, de la angustia y daños que con la resolución se les puede ocasionar. Para lograr un mejor resultado, se hace indispensable que cualquier cambio de progenitores de los niños y niñas, se realice hasta que estos estén preparados para dicho traspaso (por que no son un simple objeto de propiedad), y no pensar que el padre y la madre ya están preparados para ello. Se hace necesaria la realización de estudios psicológicos y de tratamiento psicoterapéutico, para establecer la preparación psicológica de los niños y niñas con miras a un eventual traslado; si nunca está preparado el niño o niña, nunca se deberá realizar el intercambio -visión infantocéntrica.

Lista de referencias

- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior de los niños y niñas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6 (1), pp. 229-243.
- Arango, G. J. (2009). *Desarrollo Integral de la personalidad*. Recuperado el 3 de julio de 2012, de: <http://es.scribd.com/doc/6369846/11/DESARROLLO-INTEGRAL-DE-LA-PERSONALIDAD> (pp. 27 y ss.) Atala Riffo vs. Chile. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero (2012).
- Baquerizo, J. (1994). Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación. *Revista Jurídica*, 1, pp. 19-52.
- Calvo, A. & Carrascosa, J. (2011). *Protección de menores. Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares.
- Cillero, M. (s. a.) *El interés superior de los niños y niñas en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos de los niños y niñas. Módulo de Derechos de la Niñez y estándares internacionales sobre Derechos Humanos*. Ciudad de Guatemala: Escuela de Estudios Judiciales, Oficina Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Unicef.
- Comité de los Derechos del Niño (2003). *Observación General número 5. Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 párrafo 6 del artículo 44)*. New York: ONU.
- Comité de los Derechos del Niño (2009). *El derecho del niño a ser escuchado. Observación General número 12*. New York: ONU.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). *Villagrán-Morales y otros vs. Guatemala. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proferida el 19 de noviembre*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). *Los niños de la calle vs. Guatemala. Opinión Consultiva OC-17/02-28/08/2002- Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). *Bulacio vs. Argentina. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de septiembre*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de septiembre*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Forneron e Hija vs. Argentina. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de abril, párrafo 51 (2012)*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI. Opinión Consultiva OC-1 -28 de agosto*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- De Lama, A. (2006). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch.



- De Torres, J. M. (2009). *El interés del menor y derecho de familia, una perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Iustel.
- Diez-Picazo, L. (1984). *Familia y derecho*. Madrid: Tecnos.
- Ferrari, J. L. (2008). Ausencia paterna y maltrato infantil. Recuperado el 30 de mayo de 2012, de: <http://www.projusticia.es/varios/ausencia%20paterna%20y%20maltrato%20infantil.html>
- Freedman, D. (s. a.) *Funciones normativas del interés superior de los niños y niñas. Módulo de Derechos de la Niñez y estándares internacionales sobre Derechos Humanos*. Ciudad de Guatemala: Escuela de Estudios Judiciales, Oficina Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Unicef.
- Hodgkin, R. & Newell, P. (1998). *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas*. Ginebra: Unicef.
- López-Contreras, R. E. (2008). *El Delito de Secuestro en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Imprenta Nelli.
- O'Donnell, D. (2009). *La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia*. Recuperado el 12 de mayo de 2012, de: www.iin.oea.org/badaj/docs
- Solórzano, J. (2006). *Los Derechos Humanos de la Niñez*. Ciudad de Guatemala: Unicef, Argrafic.
- Torres, J. M. (2009). *El interés del menor y derecho de familia*. Madrid: Iustel.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1996). *Johansen vs. Noruega. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 7 de agosto*. Estrasburgo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- VV. AA. (2008). *El Síndrome de Alienación Parental: Una forma de maltrato infantil*. Ciudad de México, D. F.: Unam, Porrúa.
- VV. AA. (2009). *Síndrome de Alienación Parental (SAP) en procesos de separación*. Castellón de la Plana: Universitat Jaume I.
- Zermatten, J. (2003). *El interés superior de los niños y niñas. Del análisis literal al alcance filosófico*. Bramois: Institut International Des droint de lenfant.
- Zicavo, N. (2008). *Tesis sobre la padrectomía*. Chillán: Universidad del Bio-Bio.

Apéndice de jurisprudencia consultada

- Sentencias de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de la República de Guatemala: expedientes: 01141-2009-00360, 01015-2011-00023, 01015-2011-00092, 01015-2011-00023, 01015-2011-00092 y 01141-2009-00360
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala: Expe. 188-2011, de fecha once de julio de dos mil once. Expediente 1339-2010, de fecha trece de mayo de dos mil once. Sentencia en amparo número 188-2011, de fecha once de julio de 2011.
- Sentencias de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala número 2694-2011, de fecha dieciséis de enero de dos mil doce y 2804-2011, de veintisiete de enero de dos mil doce. Expediente número 322-2011, de fecha dieciséis de junio de dos mil once.
- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia. Caso niñas. Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 28 de agosto de 2002.
- Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso Saleck Bardi contra España, de fecha 24 mayo de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil. Sentencia número 565/2009 de fecha 31 de julio de 2009.
- Sentencias de la Sala constitucional Costa Rica, expedientes: 2011-12458 de fecha 13 de septiembre de 2011 y 12-004198-0007-CO, de fecha 13 de junio de 2012.
- Sentencia de la Sala de Cámara primera de Apelación en lo Civil de la República de Argentina, expediente 33,648 de fecha 18 de agosto de 2000.